

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit de la preuve et protection des consommateurs

Jacquemin, Herve

Published in:

Droit de la consommation = Consumentenrecht

Publication date:

2020

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2020, 'Droit de la preuve et protection des consommateurs', *Droit de la consommation = Consumentenrecht*, VOL. 2020, Numéro 127, p. 3-30. <<http://www.crid.be/pdf/crid5978-/8596.pdf>>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DOCTRINE - RECHTSLEER

Droit de la preuve et protection des consommateurs

Hervé Jacquemin*

I. Introduction

1. Des régimes aux finalités différentes mais... De nombreuses règles, de nature matérielle ou procédurale, ont été adoptées par les législateurs européen et belge en vue d'assurer un niveau de protection élevé au bénéfice des consommateurs. Ces dispositions sont généralement justifiées par la faiblesse dont ces derniers sont supposés souffrir dans leurs relations avec des entreprises. Comme l'a jugé la Cour de justice, les consommateurs « doivent être réputés comme étant moins informés, économiquement plus faibles et juridiquement moins expérimentés que leur cocontractant »¹.

Les règles de preuve applicables en matière civile, telles qu'elles figurent aux articles 1315 et suivants du Code civil ou, à partir du 1^{er} novembre 2020, dans le livre 8 du (nouveau) Code civil, ne poursuivent pas le même objectif. Elles ont pour but d'offrir aux parties un moyen de preuve efficace, de manière à garantir la sécurité des relations contractuelles. Qu'il s'agisse de relations (i) entre entreprises, (ii) entre personnes qui ne sont pas des entreprises ou (iii) entre entreprises et personnes qui n'ont pas cette qualité, le législateur ne part pas du principe que l'une d'elles serait en situation d'infériorité par rapport à son cocontractant.

Il est vrai que, même si les consommateurs ne sont pas expressément mentionnés, ils constituent la majorité des « personnes qui ne sont pas des entreprises » (au sens des

* Professeur à l'Université de Namur (CRIDS, membre du NaDI). Avocat au barreau de Bruxelles.

¹ C.J., 27 mars 2019, *slewo – schlafen leben wohnen GmbH*, C-681/17, EU:C:2019:255, point 32. Voy. aussi C.J., 23 janvier 2019, *Walbusch Walter Busch*, C-430/17, EU:C:2019:47, point 34 ; C.J., 4 octobre 2018, *Kamenova*, C-105/17, EU:C:2018:808, point 34 ; C.J., 2 mars 2017, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main*, C-568/15, EU:C:2017:154, point 28 ; C.J., 3 septembre 2015, *Horățiu Ovidiu Costea*, C-110/14, EU:C:2015:538, point 18 ; C.J., 3 octobre 2013, *BKK Mobil*, C-59/12, EU:C:2013:634, point 35 ; C.J., 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt*, C-243/08, EU:C:2009:350, point 22 ; C.J., 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, C-40/08, EU:C:2009:615, points 29-31 ; C.J., 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing Zrt.*, C-137/08, EU:C:2010:659, points 46-48 ; C.J., 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, C-240/98 à C-244-98, EU:C:2000:346, point 25. En doctrine, sur la faiblesse du consommateur, voy. not. H. JACQUEMIN, « Protection du consommateur et numérique en droits européen et belge », *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 241 et s. ou M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 616-617, n° 2.

nouvelles dispositions du livre 8). Ils ne sont toutefois pas les seuls. Il faut ajouter les personnes visées à l'article I.1, 1°, alinéa 2, et que le législateur exclut expressément de la notion d'entreprise. On note également que les règles de preuve sont, sauf exception, supplétives², contrairement aux principales exigences de protection des consommateurs (à défaut, l'objectif de protection peut difficilement être atteint, puisque les professionnels pourraient y déroger conventionnellement). Par ailleurs, une distinction est faite entre les entreprises et les personnes qui ne sont pas des entreprises, pour leur appliquer la liberté de la preuve ou, au contraire, la prééminence de l'écrit à partir de 3.500 EUR (s'agissant de prouver contre des personnes qui ne sont pas des entreprises). Cependant, à l'origine, avec la distinction entre les affaires civiles et commerciales, l'objectif était davantage de dispenser les commerçants du formalisme de la preuve réglementée, pour répondre au besoin de rapidité de la vie des affaires. *A priori*, le but n'était donc pas de protéger davantage les particuliers que les commerçants. On observe en outre que la réforme de 2019 a conservé les principes directeurs et la logique qui présidait en 1804, lors de l'adoption du Code civil. Or, à l'époque, il n'était pas encore question de protection des consommateurs, les règles en la matière n'ayant été prises, progressivement, qu'à partir de la seconde moitié du XX^e siècle.

2. ... des liens étroits, entre la preuve et la protection des consommateurs.

Nonobstant cette différence capitale, en termes d'objectifs poursuivis, on constate qu'il existe de nombreux liens entre le droit de la preuve en matière civile et les règles de protection des consommateurs.

La présente contribution a pour objet d'étudier deux de ces liens, parmi les plus importants, d'un point de vue théorique (et *policy*) et pratique.

D'une part, on constate que, dans le domaine des relations entre professionnels et consommateurs – comme dans d'autres matières d'ailleurs – l'issue du litige peut dépendre de l'aptitude d'une partie à apporter la preuve des éléments qu'elle avance. Dans ce contexte, il est donc crucial d'identifier la partie sur laquelle repose la charge de la preuve. Au-delà, le législateur peut mobiliser utilement certaines règles de preuve, pour assurer un niveau de protection renforcé au bénéfice du consommateur. Plus précisément, il s'agit donc d'utiliser les mécanismes tirés du droit de la preuve pour protéger la partie faible (par exemple, en inversant la charge de la preuve).

D'autre part, en raison des similitudes entre les formes requises à des fins probatoires ou de protection du consommateur (en tout cas dans leur mode d'extériorisation), on aurait pu s'attendre à ce que les règles à suivre au moment d'accomplir valablement ces exigences dans l'environnement numérique soient également les mêmes. À l'analyse, des différences peuvent toutefois être constatées.

² Art. 8.2 du (nouveau) Code civil.

Nous étudions successivement ces deux points de convergence entre le droit de la preuve et les règles de protection des consommateurs.

II. L'aménagement de la charge de la preuve à des fins de protection des consommateurs

A. Principe établi par le Code civil

3. Importance de la charge de la preuve. Pour souligner l'importance pratique des règles de preuve, l'adage *idem est non esse aut non probari* est généralement rappelé. Il signifie qu'à défaut de preuve valable, si un litige survient, il sera extrêmement difficile à la partie sur laquelle repose la charge de la preuve de faire valoir ses droits³. Aussi risque-t-elle de perdre le procès, avec les conséquences potentiellement négatives qui en résultent.

Aussi est-il capital d'identifier la partie sur laquelle repose la charge de la preuve (et donc, qui devra supporter, *in fine*, le risque corrélatif de ne pas prouver en cas de contestation).

4. Code civil de 1804 et (nouveau) Code civil. Jusqu'au 1^{er} novembre 2020, il faut avoir égard à l'article 1315 du Code civil⁴. En principe, il incombe au créancier de démontrer que l'obligation doit être exécutée (*actori incumbit probatio*, art. 1315, al. 1^{er}, C. civ.). Comme l'énonce l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, « réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » (*reus in excipiendo fit actor*).

Si on prend l'exemple simple d'un litige opposant un consommateur et un fournisseur d'énergie ou de services de communications électroniques, il incombe à ce dernier

³ Pour F. Gény, « l'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve, que celle-ci en reste la première condition d'efficacité » (*Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 110, n° 205). H. De Page note aussi que « la preuve est, dans son principe, de nécessité absolue en droit. Ce qui n'est pas prouvé n'est pas affecté, pour cela, dans son existence, sans doute, mais est pratiquement privé de toute utilité, est frappé de stérilité » (*Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 695, n° 707). Voy. aussi J. DABIN, « La technique de la preuve juridique, spécialement en droit civil », *B.J.*, 1932, col. 353 ; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 49 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, (refondu par L. JULIOT DE LA MORANDIERE), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, t. 2, p. 350, n° 620 ; P. CATALA, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 899, n° 4 ; Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.*, 1972, I (n° 2468), n° 3 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », note sous Cass., 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 70, n° 5 ; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 20, n° 160 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier 2012, n° 26 et s.

⁴ Voy. aussi l'art. 870 C. jud., en vertu duquel « chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue ».

de démontrer l'existence d'un contrat, avec une obligation de paiement du prix dans le chef du consommateur (1^{re} phase). S'il y parvient, c'est par contre sur le consommateur bénéficiaire des services que repose la charge de démontrer, en cas de contestation, que le prix a été payé et qu'il s'est acquitté de son obligation (2^e phase). On observe qu'en pratique, les parties ne suivent normalement pas une telle chronologie : chacune d'elles – y compris le défendeur – avance ses arguments d'emblée, ainsi que les éléments de preuve qui les soutiennent. Comme l'indique D. Mougenot, « il est plus habile d'empêcher une conviction de se former que de renverser une conviction qui a déjà pris corps »⁵.

Dans le livre 8 du (nouveau) Code civil⁶, la charge de la preuve est visée à l'article 8.4. De manière générale, on observe que ces deux phases sont conservées sans modification des principes au fond (nonobstant des termes différents mais, assurément, plus précis et mieux adaptés à la réalité actuelle)⁷. Le législateur veille par ailleurs à énoncer expressément les conséquences susceptibles d'être supportées par celui sur lequel le fardeau de la preuve reposait, établissant ainsi un lien clair entre la preuve et le risque corrélatif quant à l'issue du litige : « en cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement ». Enfin, et c'est la principale nouveauté en la matière, le juge saisi peut, dans des circonstances exceptionnelles et dans le respect des exigences fixées à l'article 8.4, alinéa 5, déroger à la solution à laquelle l'application des principes précités aurait conduit, en faisant supporter la charge de la preuve sur l'autre partie⁸.

5. Applications en jurisprudence dans des cas simples. Les litiges impliquant des consommateurs sont généralement de la compétence des juges de paix. En pratique, il s'agit souvent d'une demande introduite par le professionnel, contre le consommateur, suite au non-paiement par celui-ci de tout ou partie des factures émises. Dans ces cas simples, les magistrats veillent à rappeler et mettre en œuvre les principes précités, en se cantonnant à la première phase du raisonnement : le professionnel qui

⁵ D. MOUGENOT, *La preuve*, tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier 2012, n° 27.

⁶ Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019. À ce propos, voy. F.I. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient la locomotive ! », *J.T.*, 2019, pp. 637 et s. ; B. ALLEMEERSCH et A. HOUTMEYERS, « Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht », *R.D.C.*, 2019, pp. 624 et s. ; J. BAECK, « Boek 8 "Bewijs" : het eerste boek van het nieuw Burgerlijk Wetboek », *R.W.*, 2019-20, pp. 1123 et s.

⁷ Voy. l'art. 8.4 du (nouveau) Code civil, alinéas 1 et 2 : « Celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent. Celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention ».

⁸ Voy. l'art. 8.4, al. 5 : « le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ».

réclame le paiement prouve-t-il l'existence d'un contrat (et d'une obligation de paiement dans le chef du consommateur)⁹ ?

On peut par exemple citer le jugement prononcé le 18 septembre 2015 par le juge de paix de Bruxelles¹⁰, dans un litige relatif au paiement des factures de consommation d'énergie (gaz), d'un montant de 842,76 EUR. Un contrat aurait été conclu par internet, ce que le consommateur conteste, s'estimant victime d'une usurpation d'identité. Une plainte a d'ailleurs été déposée, avant d'être classée sans suite. Le juge décide que « le contrat ou le paiement des facturations et/ou provisions par le [consommateur] relatif à la fourniture de gaz et d'électricité n'est pas établi ». Il ajoute qu'« on ne peut pas exiger du [consommateur] la preuve réelle et absolue du délit dont il se dit victime. La vraisemblance du délit commis par un tiers, en l'occurrence A., est établie de sorte qu'il y a un doute sur la réalité du contrat ». Tenant compte également du fait qu'il n'y a aucun lien entre l'adresse de livraison et le consommateur (dont il n'est, ni occupant, ni propriétaire), il est décidé que « le doute est apprécié au détriment de celui qui a le fardeau de la preuve de l'existence du contrat », ce qui conduit le juge à déclarer la demande non fondée.

Dans une décision du 3 novembre 2015¹¹, le juge de paix de Wavre rappelle quant à lui les termes de l'article 870 du Code judiciaire, ce qui l'amène logiquement à faire peser la charge de prouver l'existence du contrat sur le fournisseur de services de communications électroniques (qui réclamait en l'espèce le paiement d'une facture de 157,46 EUR, à augmenter d'une clause pénale de 60 EUR et des intérêts). Après avoir constaté que l'entreprise de téléphonie ne produisait pas le contrat conclu avec le consommateur (qui n'a visiblement pas été retrouvé), il décide que « Monsieur G. n'est pas commerçant, en sorte que le fait de ne pas avoir contesté les factures ne permet pas de présumer qu'il serait redevable des montants réclamés ». La demande est ainsi déclarée non fondée¹².

6. Hypothèses plus controversées – charge de la preuve de l'obligation d'information. Dans certaines circonstances, les discussions relatives à la charge de la preuve peuvent se révéler nettement plus complexes.

Tel est notamment le cas au moment d'attribuer la charge de la preuve des obligations d'information : incombe-t-elle au débiteur de celles-ci – généralement, le professionnel – ou à son créancier – autrement dit, le client ou, en matière de santé, le patient ?

⁹ Voy. aussi J.P. Bruges, 15 novembre 2018, *J.J.P.*, 2019, p. 615, note H. JACQUEMIN ou J.P. Audenarde, 23 octobre 2008, *J.J.P.*, 2012, p. 360.

¹⁰ J.P. Bruxelles, 18 septembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 462.

¹¹ J.P. Wavre, 3 novembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 463.

¹² Dans cette affaire, la preuve pouvait être apportée par toutes voies de droit. Aussi s'étonne-t-on que le juge se suffise de l'absence de production de l'écrit pour considérer que la preuve n'est pas apportée ; les présomptions étaient en effet recevables. Cela étant, la valeur probante de celles-ci – à supposer même qu'elles existent – était peut-être insuffisante pour convaincre le juge.

En droit de la consommation, la question est loin d'être anodine : dans ce domaine, on compte en effet de très nombreuses dispositions légales ou réglementaires imposant aux entreprises un devoir d'information au bénéfice du consommateur¹³. Aussi la question se pose-t-elle de savoir s'il incombe au professionnel de démontrer qu'il a exécuté ses obligations – et donc qu'il a informé le consommateur – ou, au contraire, au consommateur d'établir que tel n'a pas été le cas.

En matière de charge de la preuve des obligations d'information (mais pas nécessairement en droit de la consommation), la Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises. À première vue, sa jurisprudence semble divisée¹⁴.

En se limitant aux derniers arrêts majeurs, on lit en effet ce qui suit.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 2004¹⁵, où il était reproché à un prêteur, en matière de crédit à la consommation, d'avoir manqué à son obligation d'examiner les renseignements sur la situation financière et la capacité de remboursement du consommateur, la Cour décide que « le consommateur a la charge de la preuve du manquement du prêteur à ses obligations, sans préjudice du devoir du prêteur de participer à la charge de la preuve dans des limites légalement déterminées ». C'est donc le consommateur, créancier de l'obligation, qui est désigné à titre principal pour assumer le fardeau de la preuve.

De manière apparemment contradictoire, elle juge le 25 juin 2015, qu'il « résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui a pas été donnée »¹⁶. La charge de la preuve repose ainsi sur le débiteur de l'obligation, en l'occurrence, l'avocat.

¹³ À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN et E. DE DUVE, « L'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs », *Contrats et protection des consommateurs*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 9-46.

¹⁴ À ce propos, voy. not. D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 120 et s. ; Ch. VERDURE, « La charge de la preuve et le droit de la consommation : questions choisies », *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 71 et s. ; J.-P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », note sous Cass., 10 décembre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, pp. 702 et s.

¹⁵ Cass., 10 décembre 2004, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note F. DE PATOUL, *Pas.*, 2004, liv. 12, p. 1962, *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note J.-P. BUYLE, *J.J.P.*, 2007, liv. 9-10, p. 392, note R. STEENNOT.

¹⁶ Cass., 25 juin 2015, *J.T.*, 2016, p. 609, note F.G., *Pas.*, 2015, liv. 6-7-8, 1753, *R.C.J.B.*, 2018, p. 113, note D. MOUGENOT, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15219, note F. GLANSDORFF, *R.W.*, 2015-16, p. 1664, note W. VANDENBUSSCHE, *Rev. dr. Santé*, 2015-16, p. 368, note C. LEMMENS.

Dans un arrêt récent du 11 janvier 2019¹⁷, la Cour de cassation semble opérer un nouveau revirement¹⁸ : dans un litige en responsabilité extracontractuelle en matière médicale, elle fait peser la charge de la preuve sur une patiente qui reprochait en l'espèce à une infirmière d'avoir manqué à son obligation d'information – ce manquement étant à l'origine du préjudice qu'elle a subi (chute d'une table de scanner). Aussi lui incombe-t-elle, en tant que créancière de l'obligation, de prouver que l'infirmière était débitrice d'un tel devoir d'information à son égard, et qu'elle y a manqué.

La doctrine est également hésitante quant à la solution à défendre, même s'il faut saluer la finesse et la subtilité des auteurs, pour tenter de trouver une cohérence d'ensemble au tableau en clair-obscur ainsi dessiné par notre Cour suprême. Nous y renvoyons le lecteur, notre propos n'étant pas, en l'occurrence, de proposer une nouvelle analyse¹⁹.

En matière de protection du consommateur, il faut également avoir égard à l'arrêt de la Cour de justice du 18 décembre 2014, rendu sur question préjudicielle dans le domaine du crédit à la consommation²⁰. Dans cette affaire, le prêteur aurait en effet manqué aux obligations d'information et d'examen de la solvabilité du consommateur, qui lui incombaient au stade précontractuel, par application de la directive 2008/48/CE²¹ et la loi française de transposition. La Cour se fonde sur le principe d'effectivité et rappelle à cet égard que « chaque situation dans laquelle se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit de l'Union doit être analysée en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales

¹⁷ Cass., 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019, p. 724, note R. JAFFERALI, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15596, note F. GLANSORFF, *R.W.*, 2019-20, p. 263, note S. GUILLIAMS, *R.G.D.C.*, 2019, p. 557, note E. VERJANS.

¹⁸ À l'analyse, on peut toutefois trouver une cohérence entre les arrêts, vu les hypothèses distinctes visées dans chacun des cas.

¹⁹ En particulier, voy. les analyses de R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, 2019, pp. 713 et s. ; P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, pp. 690 et s. ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 120 et s. ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *Responsabilité, indemnisation et recours*, Liège, Anthemis, 2017, pp. 32 et s. ; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 180 et s.

²⁰ C.J., 18 décembre 2014, *CA Consumer Finance SA*, C-449/13, EU:C:2014:2464. Sur ce point, voy. R. STEENNOT, « De totstandkoming van de kredietovereenkomst: impact van Boek VII van het Wetboek van economisch recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie op de precontractuele verplichtingen », *R.D.C.*, 2016, pp. 122 et s., et pp. 125-126.

²¹ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, *J.O.*, L 133 du 22 mai 2008.

(arrêt *Kušionová*, C-34/13, EU:C:2014:2189, point 52 et jurisprudence citée) »²². Tout en précisant que l'interprétation incombe à la juridiction de renvoi, elle juge que le respect du principe d'effectivité « serait compromis si la charge de la preuve de la non-exécution des obligations prescrites aux articles 5 et 8 de la directive 2008/48 reposait sur le consommateur. En effet, ce dernier ne dispose pas des moyens lui permettant de prouver que le prêteur, d'une part, ne lui a pas fourni des informations prescrites à l'article 5 de cette directive et, d'autre part, n'a pas vérifié sa solvabilité. En revanche, l'effectivité de l'exercice des droits conférés par la directive 2008/48 est assurée par une règle nationale selon laquelle le prêteur est, en principe, tenu de justifier devant le juge la bonne exécution de ces obligations précontractuelles. Une telle règle vise à garantir, ainsi qu'il a été rappelé au point 21 du présent arrêt, la protection du consommateur, sans porter une atteinte démesurée au droit du prêteur à un procès équitable. En effet, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 35 de ses conclusions, un prêteur diligent doit avoir conscience de la nécessité de collecter et de conserver des preuves de l'exécution des obligations d'information et d'explication lui incombant »²³.

L'enseignement de cet arrêt de la Cour de justice est manifestement contraire à la position prise par la Cour de cassation belge dans l'arrêt précité du 10 décembre 2004. La Juridiction de Luxembourg fait en effet reposer la charge de la preuve sur le prêteur (débituer de l'obligation), conformément au principe d'effectivité. Par application de celui-ci, il paraît en effet assez clair que, contrairement au professionnel, le consommateur n'a pas les moyens raisonnables de démontrer que l'information ne lui a pas été fournie.

On peut se demander si cette interprétation peut être étendue à toute autre obligation d'information prescrite en droit de la consommation (en tout cas lorsque la charge de la preuve ne fait pas l'objet d'une disposition spécifique – *cfr infra*, n° 7). La prudence est de mise mais, par analogie aux motifs avancés par la Cour de justice, la réponse devrait normalement être positive²⁴. L'entreprise est en effet mieux placée que le consommateur pour se ménager la preuve du respect de son obligation d'information. Raisonner autrement – et imposer au consommateur d'établir qu'il n'a pas reçu l'information légalement requise – pourrait en effet rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des règles substantielles de protection que le droit de

²² Point 25 de l'arrêt.

²³ Points 27-28 de l'arrêt.

²⁴ En ce sens, voy. J.P. Bruges, 29 janvier 2015, *J.J.P.*, 2015, p. 531 (qui décide que la charge de la preuve incombe au fournisseur, dans le cadre de l'article 4 de la loi du 6 avril 2010 ; la preuve du dommage repose toutefois sur le consommateur). Voy. aussi J.P. Fontaine-l'Evêque, 15 février 2016, *J.J.P.*, 2018, p. 24, qui juge qu'il incombe au prestataire qui gère un site internet transactionnel de démontrer que le consommateur a accepté les conditions générales d'utilisation (par exemple en cochant un case spécifique) ; dans le même sens, J.P. Fléron, 6 décembre 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 596, note C. DELFORGE.

l'Union lui confère. Du reste, une telle solution nous paraît conforme à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015, précité.

On note en tout état de cause que la réforme de 2019 devrait permettre une plus grande flexibilité dans le domaine de la charge de la preuve : outre la possibilité – certes exceptionnelle – donnée au juge d'aménager l'application des règles en la matière²⁵ – l'article 8.6 règle la preuve par vraisemblance et énonce que « celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait ».

B. Règles spécifiques modalisant la charge de la preuve au bénéfice du consommateur

1. Dispositions spécifiques imposant la charge de la preuve au professionnel

7. Règles spécifiques déterminant la charge de la preuve. Les règles matérielles de protection des consommateurs consistent à imposer au professionnel des obligations d'information (accompagnées de formes corrélatives), à lui interdire des pratiques commerciales déloyales ou des clauses abusives, à octroyer un droit de rétractation au consommateur, à vérifier sa solvabilité avant de lui octroyer un crédit, etc.

À défaut de règle particulière, c'est le droit commun qui s'applique au moment d'établir si la charge de la preuve du (non-)respect de ces exigences repose sur l'entreprise ou sur le consommateur. Ponctuellement, des dispositions spécifiques ont toutefois été adoptées, de manière à confirmer expressément que la charge de la preuve appartenait au professionnel (ou, plus rarement, au consommateur).

En matière de contrats à distance, on peut citer l'article VI.62 du Code de droit économique, aux termes duquel « il incombe à l'entreprise de fournir la preuve qu'elle a satisfait aux obligations concernant l'information du consommateur, le respect des délais, le consentement du consommateur à la conclusion du contrat et, le cas échéant, à son exécution pendant le délai de rétractation »²⁶. On observe que la preuve ne porte

²⁵ Art. 8.4, al. 5, du (nouveau) Code civil.

²⁶ Pour une application, voy. J.P. Wavre, 14 février 2014, *J.J.P.*, 2015, p. 385, note H. JACQUEMIN (voy. aussi J. LAFFINEUR, « Contrat à distance, conditions générales et force majeure », note sous J.P. Wavre, 14 février 2014, *D.C.C.R.*, 2014/3, pp. 101-104). Dans cette affaire, le juge de paix de Wavre semble considérer que les obligations d'information en matière de contrats à distance n'ont pas été observées ou, à tout le moins, que la preuve de leur respect n'est pas apportée par l'entreprise. Il juge ainsi que « la défenderesse n'a apparemment pas prévu de droit de rétractation ou l'absence d'un tel droit », tout en ajoutant que « la défenderesse ne précise pas et ne démontre pas comment elle a communiqué à Monsieur D. une confirmation des informations prévues à l'article 45. Elle ne précise pas non plus quel support durable a été utilisé ».

pas uniquement sur l'obligation d'information imposée aux entreprises en matière de contrats à distance, puisque le consentement du consommateur ou le respect des délais – particulièrement importants dans l'exercice du droit de rétractation – sont aussi visés. Par ailleurs, la loi précise les devoirs dont la preuve échoit au consommateur : dans l'exercice du droit de rétractation, il lui revient d'établir qu'il a informé l'entreprise avant la fin du délai de 14 jours²⁷. Il est en effet le mieux placé pour se ménager la preuve du respect de cette exigence – par exemple en produisant le reçu de l'envoi recommandé. Par contre, s'il décide d'informer l'entreprise en complétant un formulaire électronique mis à sa disposition sur son site internet, le consommateur perd la maîtrise du processus et on peut craindre qu'il ne prenne pas les dispositions nécessaires pour se ménager une preuve. Aussi est-il logique que, dans ce cas, la loi exige du professionnel qu'il « communique sans délai au consommateur un accusé de réception de la rétractation sur un support durable »²⁸.

Dans le domaine du crédit à la consommation ou hypothécaire, l'article VII.2, § 4, alinéa 2, du C.D.E. énonce qu'« il incombe au prêteur de fournir la preuve qu'il a satisfait aux obligations concernant l'évaluation de la solvabilité, visée aux articles VII.69, VII.75, VII.77, VII.126, VII.127, § 1^{er}, VII.131 et VII.133, du consommateur et, le cas échéant, de la personne qui constitue une sûreté personnelle ». Le législateur belge se limite ainsi à l'examen de la solvabilité, sans faire référence aux obligations d'information. Pour celles-ci la charge de la preuve repose toutefois sur le professionnel, conformément à l'arrêt *CA Consumer Finance SA* de la Cour de justice de l'Union européenne²⁹ (*supra*, n° 6).

On peut encore mentionner l'article 12, § 1^{er}, de la directive 2019/770 sur les contenus et les services numériques³⁰, suivant lequel « la charge de la preuve quant à la question de savoir si le contenu numérique ou le service numérique a été fourni conformément à l'article 5 incombe au professionnel »³¹.

Eu égard aux discussions et controverses tant jurisprudentielles que doctrinales concernant la charge de la preuve des obligations d'information, il est assurément

Or, en vertu des règles en vigueur, c'est à l'entreprise qu'il incombe de démontrer qu'elle a respecté les obligations d'information imposées par la loi (corrélativement, elle doit également supporter le risque de l'absence de preuve). Le juge de paix de Wavre n'a malheureusement pas sanctionné l'entreprise sur cette base (considérant que le consommateur pouvait se prévaloir d'un cas de force majeure).

²⁷ Art. VI.49, § 4, du C.D.E.

²⁸ Art. VI.49, § 3, *in fine*, du C.D.E.

²⁹ R. STEENNOT, « De totstandkoming van de kredietovereenkomst: impact van Boek VII van het Wetboek van economisch recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie op de precontractuele verplichtingen », *R.D.C.*, 2016, pp. 122 et s., et pp. 125-126.

³⁰ Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *J.O.*, L 136 du 22 mai 2019.

³¹ Voy. aussi les autres paragraphes de l'article 12, également consacrés à la charge de la preuve.

utile que le législateur clarifie la situation en désignant explicitement la partie sur laquelle repose la charge de la preuve. On regrette d'ailleurs que les dispositions spécifiques en la matière ne soient pas plus nombreuses.

D'aucuns pourraient d'ailleurs avancer que l'absence de disposition légale spécifique traduit la volonté du législateur de ne pas nécessairement faire peser la charge de la preuve sur l'entreprise. On peut ainsi s'interroger sur la différence de traitement applicable aux obligations d'information respectivement prévues, dans le Code de droit économique, à l'article VI.45 (en matière de contrats à distance) et à l'article VI.2 (pour les contrats autres que les contrats à distance ou hors établissement)³². Comme dans la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, le législateur détermine uniquement la charge de la preuve dans la première hypothèse (contrats à distance). La différence pourrait se justifier : dans les contrats à distance, les parties ne sont pas en présence physique l'une de l'autre, ce qui tend à renforcer l'asymétrie informationnelle et la faiblesse du consommateur en termes de connaissance sur les éléments de droit ou de fait du rapport contractuel (existence d'un droit de rétractation, identité de l'entreprise, caractéristiques du produit, etc.). On se demande toutefois si la différence est suffisamment importante pour justifier que le risque de la preuve puisse, le cas échéant, reposer sur le consommateur. Il faut ainsi raisonner au cas par cas dans l'hypothèse de l'article VI.2 du C.D.E., pour déterminer, par application du principe d'effectivité, si la charge de la preuve devrait reposer sur l'entreprise ou sur le consommateur.

8. Interdiction des clauses dérogeant aux principes ainsi établis ou rappelés.

Les règles matérielles de protection des consommateurs perdraient toute effectivité s'il était permis aux entreprises d'y déroger conventionnellement. Nombre d'entre elles ne manqueraient probablement pas de le faire, en introduisant des dispositions dérogatoires dans leurs conditions contractuelles, rédigées unilatéralement et sans possibilité de négociation.

Pour prévenir cette pratique, il est généralement prohibé de déroger aux règles matérielles de protection des consommateurs, à tout le moins au détriment de ces derniers.

En outre, l'interdiction des clauses abusives devrait conduire à annuler les dispositions conventionnelles qui auraient pour objet ou pour effet de réduire le niveau de protection des consommateurs en la matière. Sont en effet déclarées en tout cas abusives (liste noire), les clauses ou conditions qui ont pour objet de « limiter de manière

³² La différence paraît d'autant plus discutable que, conformément à l'article III.78 du C.D.E., « chaque entreprise est tenue de prouver le respect des exigences prévues aux articles III.74 à III.77 et l'exactitude des informations fournies ». Or, ces exigences d'informations sont applicables dans les relations entre une entreprise et un client (qui n'est pas nécessairement un consommateur, au sens du livre III). On s'étonne donc que le législateur fasse peser la charge de la preuve sur le débiteur de l'obligation d'information dans le livre III, mais ne le fasse pas plus systématiquement dans le livre VI, quand le créancier est un consommateur.

non autorisée les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser ou lui imposer une charge de la preuve qui incombe normalement à une autre partie au contrat »³³.

Le dispositif est encore renforcé, avec l'introduction de règles spécifiques, qui interdisent expressément de faire reposer sur le consommateur un fardeau de la preuve normalement dévolu au professionnel. C'est le cas en matière de contrats à distance³⁴ et de crédit à la consommation ou hypothécaire³⁵. De manière plus large, ces règles prohibent également les clauses par lesquelles le consommateur renoncerait aux droits que la loi lui octroie dans les domaines visés.

2. Autres mécanismes mobilisant le droit de la preuve pour assurer un niveau élevé de protection des consommateurs

9. Mécanisme et objectifs. L'analyse des règles de protection des consommateurs permet de dégager plusieurs mécanismes, consistant à mobiliser les règles de preuve (en les amendant, le cas échéant), en vue d'assurer un niveau de protection plus élevé au bénéfice des consommateurs.

Ils consistent par exemple à inverser la charge de la preuve portant sur des éléments de fait, alléger la preuve pour interdire certaines pratiques ou déroger à l'imputabilité de responsabilité entre les acteurs. Dans tous les cas, l'objectif consiste à faire reposer un risque incombant normalement au consommateur sur le professionnel.

10. Inversion de la charge de la preuve portant sur des éléments de fait. Dans plusieurs hypothèses, lorsque la preuve à fournir porte sur des éléments de fait, des mécanismes sont mis en place au bénéfice du consommateur pour le décharger du fardeau de la preuve (lequel aurait normalement dû lui incomber).

Aux termes de l'article 1649*quater*, § 1^{er}, du Code civil, « le vendeur répond vis-à-vis du consommateur de tout défaut de conformité qui existe lors de la délivrance du bien et qui apparaît dans un délai de deux ans à compter de celle-ci ». Sans autre indication, c'est normalement au consommateur qu'il incombe de démontrer l'existence du défaut de conformité et l'antériorité de celui-ci (on peut en effet supposer qu'à partir de la délivrance, le défaut trouvera son origine dans une mauvaise utilisation du bien par le consommateur). Une présomption est toutefois instaurée en faveur du consommateur : l'article 1649*quater*, § 4, du Code civil énonce en effet que « sauf preuve contraire, le défaut de conformité qui apparaît dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien est présumé exister au moment de la délivrance, sauf lorsque cette présomption n'est pas compatible avec la nature du bien ou la nature du défaut de conformité,

³³ Art. VI.83, 21°, du C.D.E.

³⁴ Art. VI.63 du C.D.E.

³⁵ Art. VII.2, § 4, du C.D.E.

en tenant compte notamment du caractère neuf ou d'occasion du bien »³⁶. En pratique, il peut en effet se révéler très compliqué pour le consommateur de démontrer que le défaut de conformité existait déjà au moment de la délivrance. Aussi la loi présume-t-elle, pendant une période de six mois, que le défaut apparu durant ce laps de temps existait déjà au moment de la délivrance³⁷. Le consommateur bénéficie donc d'un renversement de la charge de la preuve (qui aurait normalement dû lui incomber). Cette présomption est toutefois réfragable : le vendeur a la possibilité de prouver que ledit défaut n'existait pas au moment de la délivrance et qu'il est apparu postérieurement.

On trouve une autre illustration d'un régime plus favorable au consommateur en matière de pratiques commerciales déloyales. Celles-ci sont en effet interdites, lorsqu'elles sont déloyales en toutes circonstances, ou suivant les critères de la norme semi-générale ou de la norme générale³⁸. Encore faut-il démontrer que les exigences prévues par la loi sont réunies en l'espèce. À cet égard, on peut craindre que le consommateur ne soit pas en mesure de démontrer l'inexactitude de certaines données factuelles avancées par l'entreprise (par exemple, dans une publicité). En réponse à cette difficulté, des dispositions spécifiques, relatives au règlement de la preuve, ont été adoptées. L'entreprise est en effet tenue d'apporter la preuve de l'exactitude matérielle des données factuelles qu'elle communique dans le cadre d'une pratique commerciale, lorsqu'une action en cessation est intentée³⁹ ou à la demande du

³⁶ Ce délai devrait être porté à un an (voire à deux ans, en fonction du choix législatif des États membres). Voy. l'art. 11 de la directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE (*J.O.*, L 136 du 22 mai 2019) : « tout défaut de conformité qui apparaît dans un délai d'un an à compter du moment où les biens ont été livrés est présumé avoir existé au moment de la livraison des biens, sauf preuve du contraire ou à moins que cette présomption ne soit incompatible avec la nature des biens ou la nature du défaut de conformité. Le présent paragraphe s'applique également aux biens comportant des éléments numériques ».

³⁷ Les finalités poursuivies sont rappelées dans l'arrêt *Faber* du 4 juin 2015 ; dans cette affaire, la Cour décide en effet que « cet allègement de la charge de la preuve au bénéfice du consommateur repose sur la constatation que, dans le cas où le défaut de conformité n'apparaît que postérieurement à la date de délivrance du bien, apporter la preuve que ce défaut existait à cette date peut s'avérer « un obstacle insurmontable pour le consommateur », tandis qu'il est généralement beaucoup plus facile pour le professionnel de démontrer que le défaut de conformité n'était pas présent au moment de la livraison et qu'il résulte, par exemple, d'un mauvais usage fait par le consommateur [voir l'exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la vente et les garanties des biens de consommation, COM (95) 520 final, p. 13] » (C.J., 4 juin 2015, C-497/13, *Froukje Faber*, EU:C:2015:357, point 54). Sur cet arrêt, voy. not. L. TRAEST, « Ambtshalve opwerpen van de hoedanigheid van consumment: een nieuw hoofdstuk in de rechtspraak van het Hof van Justitie », *R.D.C.*, 2016, pp. 356 et s.

³⁸ Art. VI.92 et s. du C.D.E.

³⁹ Art. XVII.13 du C.D.E. (et pour autant que les conditions établies par cette disposition soient respectées : lorsque l'action en cessation est intentée par les personnes visées à l'article XVII.7 (autres que le ministre), il importe que « compte tenu des intérêts légitimes de l'entreprise et de toute autre partie à la procédure, le président du tribunal de l'entreprise estime qu'une telle exigence est appropriée au vu des circonstances du cas d'espèce ».

ministre ou de l'agent commissionné par lui en vertu de l'article XV.2 du C.D.E.⁴⁰ En l'absence de ces données (ou si elles sont jugées insuffisantes), celles-ci peuvent être respectivement considérées comme inexactes⁴¹ ou contraires aux dispositions du livre VI, titre IV⁴².

11. Allègement de la charge de la preuve menant à l'interdiction de certaines pratiques. L'interdiction des clauses abusives⁴³ et des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs⁴⁴ constitue un mécanisme majeur de protection des consommateurs.

Pour établir si une clause est *abusive* ou une pratique commerciale *déloyale* (et donc, interdite), il convient normalement de raisonner par étapes successives, suivant que les circonstances de fait permettent au consommateur de bénéficier d'une preuve allégée ou pas.

Dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, l'article VI.83 du C.D.E. répute en effet abusives 33 catégories de clauses. Si la clause litigieuse est visée par l'une des hypothèses de la liste noire (par exemple car elle a pour objet d'augmenter le prix du produit suite au refus du consommateur de payer par domiciliation bancaire⁴⁵), elle est interdite et nulle. La preuve à rapporter est en principe moins lourde que suivant le critère de la norme générale repris dans la définition de la clause abusive à l'article I.8, 22°, du C.D.E. : à défaut d'invoquer une hypothèse de la liste noire, il échet en effet de démontrer l'existence d'un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties, au détriment du consommateur. S'agissant d'une norme ouverte, le pouvoir d'appréciation du juge est plus important, ce qui tend à renforcer l'incertitude quant à la qualification finalement retenue (et, par conséquent, l'issue du litige). Dans les hypothèses visées dans la liste, le déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties est, en quelque sorte, présumé, ce qui diminue la charge de la preuve reposant sur le consommateur. Le risque n'est toutefois pas éliminé totalement, dès lors que, très souvent, des discussions ne manqueront pas de survenir au moment de décider si la clause est effectivement abusive au sens de l'article VI.83. Cela résulte notamment de l'appréciation de certains critères subjectifs (par exemple, « exclure ou limiter de façon *inappropriée* les droits légaux du consommateur... »).

Le mécanisme est globalement similaire en matière de pratique commerciale. L'annexe I de la directive 2005/29/CE énumère 31 pratiques commerciales déloyales

⁴⁰ Art. XV.16 du C.D.E.

⁴¹ Art. XVII.13 du C.D.E.

⁴² Art. XV.16, al. 3, du C.D.E.

⁴³ Art. VI.82 et s. du C.D.E.

⁴⁴ Art. VI.92 et s. du C.D.E.

⁴⁵ Art. VI.83, 32°, du C.D.E.

en toutes circonstances. Le législateur belge a décidé de les répartir en 23 pratiques commerciales trompeuses en toutes circonstances⁴⁶ et en 8 pratiques commerciales agressives en toutes circonstances⁴⁷. Ces pratiques sont celles que le législateur considère comme étant de nature à porter le plus gravement atteinte aux intérêts des consommateurs. La preuve qui leur incombe⁴⁸ est donc théoriquement moins lourde qu'en vertu des articles VI.93 (norme générale) ou des articles VI.97-VI.99 et VI.101-VI.102 (normes semi-générales) du Code de droit économique. Il leur suffit en effet d'établir que l'une des 31 hypothèses est rencontrée en l'espèce et, sans autre démonstration, la pratique est considérée comme déloyale – et interdite en conséquence. Le juge amené à connaître de cette pratique ne dispose donc d'aucun pouvoir d'appréciation⁴⁹. S'agissant des pratiques trompeuses, on présume donc, de manière irréfutable, que celles-ci ont induit (ou ont été susceptibles d'induire) en erreur le consommateur moyen, de sorte qu'elles l'ont amené (ou ont été susceptibles de l'amener) à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement (comp. à la norme semi-générale). Dans l'hypothèse d'une pratique commerciale agressive, on présume irréfutablement que les pressions de nature physique ou psychologique dont le consommateur moyen a été l'objet ont altéré (ou ont été susceptibles d'altérer) sa liberté de choix ou de conduite, de sorte qu'elles l'ont amené (ou ont été susceptibles de l'amener) à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement (comp. à la norme semi-générale).

Si le fardeau de la preuve reposant sur le consommateur paraît *a priori* allégé, il faut toutefois reconnaître qu'en fait, la preuve de l'existence de certaines pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances pourra s'avérer particulièrement délicate à apporter⁵⁰. On songe à la pratique ayant pour objet de « donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant que le contrat n'ait été conclu »⁵¹ ou celle consistant à « [...] donner l'impression que la vente d'un produit est licite alors qu'elle ne l'est pas »⁵². Dans ces hypothèses, le caractère éminemment subjectif de l'impression ressentie par le consommateur pourrait donner lieu à d'interminables discussions. On peut également craindre que le consommateur ne soit pas en mesure de démontrer l'inexactitude de certaines

⁴⁶ Art. VI.100 du C.D.E.

⁴⁷ Art. VI.103 du C.D.E.

⁴⁸ Il faut en effet rappeler que c'est normalement au consommateur qu'il incombe de démontrer que la pratique est déloyale (en ce sens, voy. J.P. Audenarde-Kruishoutem (sect. Kruishoutem), 16 octobre 2013, *J.J.P.*, 2015, p. 426, note S. GEIREGAT).

⁴⁹ C. DELFORGE, « Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs », *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Liège, Anthémis, 2011, p. 11, n° 7.

⁵⁰ Voy. C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 11, n° 7.

⁵¹ Art. VI.103, 1°, du C.D.E.

⁵² Art. VI.100, 9°, du C.D.E.

données factuelles, comme lorsqu'une entreprise affirme, « dans le contexte d'une pratique commerciale, qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable »⁵³. En la matière, et comme on l'a vu (*supra*, n° 10), un régime spécifique a été mis en place concernant le règlement de la preuve.

12. Imputabilité de responsabilité en faveur du consommateur. La preuve peut enfin être aménagée de manière à imputer la responsabilité à un autre acteur que le consommateur.

On trouve une illustration à l'article VII.44 du C.D.E. Cette disposition règle l'imputabilité de la responsabilité entre le payeur, le bénéficiaire et le prestataire de services de paiement, en cas de pertes liées à une opération de paiement non autorisée. L'hypothèse est par exemple rencontrée suite au vol d'une carte de crédit ou à l'utilisation des données de celle-ci (alors même que la carte est toujours en possession de son titulaire – cas du *skimming*). Cette disposition vise spécialement à protéger le payeur qui a la qualité de consommateur puisque, si tel n'est pas le cas, les parties peuvent décider de déroger conventionnellement à l'article VII.44⁵⁴.

En l'absence de règles spécifiques, pour obtenir une indemnisation (et un remboursement des montants détournés), il aurait normalement incombé au consommateur de démontrer que le prestataire de service de paiement, ou le bénéficiaire, a commis une faute, en lien de causalité avec le dommage subi. En pratique, l'issue aurait été pour le moins incertaine, sans compter la longueur de la procédure. Considérant que la confiance des payeurs est un élément important du développement des services de paiement, un régime de responsabilité favorable à ceux-ci est mis en place. Il limite en effet à 50 EUR les pertes subies par le payeur et liées à une opération de paiement non autorisée intervenant avant la notification⁵⁵. En outre, le payeur ne supporte aucune perte financière dans plusieurs hypothèses (notamment lorsqu'une authentification forte du client n'est pas exigée)⁵⁶. Dans ce cas, le payeur sera remboursé par le prestataire de service de paiements qui réclamera généralement le montant au bénéficiaire de services de paiement (concrètement, le commerçant⁵⁷). Inversement, le payeur devra supporter toutes les pertes s'il a agi frauduleusement ou, dans certains cas, s'il a manqué aux obligations qui lui incombent intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave. Sur ce point, il est expressément prévu que « la charge de la

⁵³ Art. VI.100, 19°, du C.D.E.

⁵⁴ Art. VII.29 du C.D.E.

⁵⁵ La notification est visée à l'art. VII.38, § 1^{er}, 2°, du C.D.E.

⁵⁶ Art. VII.44, § 1^{er}, al. 2, et §§ 2-3, du C.D.E.

⁵⁷ Voy. par ex. Bruxelles, 19 juin 2008, *D.A.O.R.*, 2009/90, p. 167, note A. VANDOOALAE GHE, *R.D.C.*, 2010, p. 117, note M. DELIERNEUX et J.-P. BUYLE. Voir aussi Bruxelles, 10 mars 2009, *Dr. banc. fin.*, 2009, p. 173, note R. STEENNOT.

preuve en matière de fraude, d'intention ou de négligence grave incombe au prestataire de services de paiement »⁵⁸.

Le régime ainsi mis en place est donc particulièrement favorable au consommateur (au détriment, en général, de l'entreprise avec laquelle il a contracté), dès lors que, sur le plan probatoire, la charge qui lui incombe est très faible. C'est au contraire au prestataire de prouver qu'il a commis une fraude, un manquement intentionnel ou une négligence grave. En pratique, cette conclusion est toutefois tempérée par l'analyse de la jurisprudence, qui montre que celle-ci fait preuve d'une (trop) grande sévérité à l'égard du payeur, spécialement au moment de déterminer s'il a commis une négligence grave⁵⁹.

III. Accomplissement des formes probatoires et des formes de protection du consommateur dans l'environnement numérique

13. Mêmes exigences, pour des finalités différentes. Les principales exigences de forme requises à des fins probatoires sont l'écrit⁶⁰, la signature⁶¹, l'établissement d'originaux multiples⁶² ou la mention à la main⁶³. L'objectif de ces formalités est d'offrir à chacune des parties un moyen de preuve efficace, en cas de contestation. Si elles sont méconnues, il sera plus difficile, voire impossible, à la partie sur laquelle repose normalement la charge de la preuve d'établir les éléments de fait ou de droit qu'elle avance, avec le risque de perdre le procès. En pratique, une analyse au cas par cas devra être effectuée, notamment pour déterminer si on se trouve dans l'hypothèse de la preuve libre ou réglementée (auquel cas les présomptions et les témoignages deviennent irrecevables, à moins d'établir une impossibilité de prouver ou un commencement de preuve par écrit).

On trouve des exigences de forme similaires dans les législations consuméristes. En matière de crédit à la consommation, par exemple, l'article VII.78, § 1^{er}, du Code de droit économique énonce que « le contrat de crédit est conclu par la signature manuscrite ou la signature électronique de toutes les parties contractantes

⁵⁸ Art. VII.44, § 4, du C.D.E. Cette disposition ajoute que « pour l'appréciation de la négligence, le juge tient compte de l'ensemble des circonstances de fait. La production par le prestataire de services de paiement des enregistrements visés à l'article VII.42 et l'utilisation de l'instrument de paiement avec le code connu du seul utilisateur de services de paiement ne constituent pas une présomption suffisante de la négligence de celui-ci ».

⁵⁹ Voy. par ex. Bruxelles, 23 juin 2011, *D.C.C.R.*, 2012, liv. 95, 120, note R. STEENNOT.

⁶⁰ Art. 8.9, § 1^{er}, du (nouveau) Code civil.

⁶¹ Art. 8.9, § 1^{er}, du (nouveau) Code civil.

⁶² Art. 8.20 du (nouveau) Code civil.

⁶³ Art. 8.21 du (nouveau) Code civil.

et est établi sur un support durable reprenant l'ensemble des conditions contractuelles et mentions visées par le présent article. Toutes les parties contractantes ayant un intérêt distinct ainsi que l'intermédiaire de crédit reçoivent un exemplaire du contrat de crédit ». Le consommateur doit également faire précéder sa signature de la mention « Lu et approuvé pour... euros à rembourser », accompagnée de la date et de l'adresse précise de signature du contrat. Si les formes sont globalement les mêmes qu'en droit de la preuve (écrit, signature, exemplaires multiples, mention du consommateur), les finalités poursuivies sont différentes. L'objectif n'est pas seulement d'offrir à chaque partie un moyen de preuve efficace en cas de contestation ; il s'agit aussi – et surtout – de protéger le consommateur, supposé en position de faiblesse. Eu égard aux fonctions des formes ainsi prescrites, l'objectif poursuivi est de garantir un *consentement informé et réfléchi* du consommateur, en veillant à sa bonne information et en prévenant les fraudes ou les abus éventuels de son cocontractant⁶⁴. Logiquement, les sanctions susceptibles d'être appliquées sont également plus lourdes : elles sont de nature civile – annulation du contrat ou réduction des obligations du consommateur au maximum jusqu'au prix au comptant ou au montant emprunté⁶⁵, voire dispense de remboursement⁶⁶ – ou pénale – sanction du niveau 5⁶⁷, ce qui correspond à une amende pénale de 250 à 100.000 EUR et/ou un emprisonnement d'un mois à un an.

14. Accomplissement des formes dans l'environnement numérique. Même si elles poursuivent des finalités différentes et si leur inobservation fait l'objet de sanctions distinctes, les formes à accomplir en matière de preuve ou conformément au droit de la consommation sont globalement les mêmes.

Aussi la question se pose-t-elle de savoir si, au moment de les accomplir dans l'environnement numérique, il convient d'appliquer les mêmes principes (puisque les formalités sont intrinsèquement similaires) ou si des différences sont constatées (en raison des objectifs propres à chaque cas de figure).

⁶⁴ Par exemple, les mentions doivent être apposées sur un écrit, requis au stade précontractuel ou au moment de la formation du contrat. On ne s'en étonne guère : l'objectif d'information – et, par voie de conséquence, la protection du consentement de la partie faible – est atteint avec une efficacité renforcée si les renseignements sont extériorisés de la sorte au lieu d'être communiqués oralement. S'agissant parfois de données techniques, d'ordre économique ou juridique, il peut être utile que leur destinataire soit en mesure de les relire plusieurs fois, le cas échéant en demandant conseil à un tiers pour faciliter leur compréhension. Les fonctions de pérennité et d'intégrité de l'écrit permettent de procéder à la relecture des données et, ainsi, garantissent une meilleure information de la partie faible. Ces fonctions sont également importantes lorsque, pour protéger le consentement des parties en veillant à ce qu'il soit éclairé, le législateur rythme le processus de formation du contrat, en exigeant qu'un laps de temps déterminé s'écoule entre la délivrance de l'écrit et la conclusion de la convention.

⁶⁵ Art. VII.195 du C.D.E. (si certaines mentions ne sont pas respectées).

⁶⁶ Art. VII.198 du C.D.E. (si le montant est versé en l'absence de signature valable du consommateur, ce qui méconnaît l'art. VII.90, § 1^{er}, al. 1^{er}, du C.D.E.).

⁶⁷ Art. XV.90,15°, du C.D.E.

A. Principes communs et références croisées

15. Principes directeurs pour lever les obstacles formels. Plusieurs principes directeurs ont été consacrés, notamment par les textes adoptés au niveau international ou national, de manière à encadrer la méthodologie à suivre pour lever les obstacles formels et, ainsi, permettre l'accomplissement des exigences de forme dans l'environnement numérique en garantissant un niveau élevé de sécurité juridique.

On retient en général la non-discrimination, l'équivalence fonctionnelle, la neutralité technologique et la liberté de recourir, ou pas, à l'électronique⁶⁸.

A priori, les mêmes principes doivent être observés, peu importe que la formalité soit requise à des fins probatoires ou qu'elle ait pour but de protéger un consommateur.

Ainsi, l'article XII.15 du Code de droit économique consacre le principe d'équivalence fonctionnelle, avant de l'appliquer aux formalités rencontrées le plus souvent en pratique. On admet généralement que cette disposition s'applique quelle que soit la finalité de l'exigence de forme (*ad probationem* ou *ad validitatem*)⁶⁹.

Il en va de même des dispositions du règlement eIDAS⁷⁰⁻⁷¹, notamment en ce qui concerne le principe de non-discrimination, tel qu'appliqué aux différents services de confiance et au document électronique. S'agissant par exemple de la signature, l'article 25, § 1^{er}, du règlement énonce que « l'effet juridique et la recevabilité d'une signature électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cette signature se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences de la signature électronique qualifiée ». Ce principe s'applique à la signature requise conformément au livre 8 du (nouveau) Code civil en matière de preuve ou, sous réserve de ce qui sera dit par la suite (*infra*, n° 21), à la signature imposée par les règles substantielles de protection des consommateurs.

16. Références aux mêmes dispositions. Concernant la formalité de la signature, il est heureux de constater que, suite à l'adoption du règlement eIDAS, le législateur belge – en tout cas au niveau fédéral – a progressivement amendé la législation

⁶⁸ Sur ces principes, voy. H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017, pp. 202 et s.

⁶⁹ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 154.

⁷⁰ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *J.O.*, L 257 du 28 août 2014.

⁷¹ H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance », *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 109-110.

en vigueur, de manière à faire référence aux seules catégories de signatures électroniques visées par ce texte⁷².

Ainsi, conformément à l'article 8.1, 3°, du (nouveau) Code civil on entend par « signature électronique » une signature conforme aux articles 3, 10° à 3, 12°, du règlement eIDAS, autrement dit, une signature électronique (simple), une signature électronique avancée ou une signature électronique qualifiée. De même, l'article XII.15, § 2, du C.D.E. énonce que « l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 3.10. du règlement 910/2014, soit à l'article 3.12. du règlement 910/2014 » (soit la signature électronique (simple), soit la signature électronique qualifiée – la signature électronique avancée n'est pas mentionnée). Cette manière de faire doit assurément être approuvée puisqu'un même texte de référence – le règlement eIDAS – est utilisé en matière de signature électronique, pour identifier les procédés susceptibles d'être utilisés dans l'environnement numérique. Toutefois, et comme on le verra, le législateur peut maintenir volontairement des différences ponctuelles, notamment dans un objectif de protection du consommateur (*infra*, n° 21).

B. Éléments différenciés

1. Écrit et support durable

17. Deux formalités distinctes ? Alors que le droit de la preuve fait référence à l'« écrit », les règles de protection des consommateurs utilisent le terme « support durable ». Aussi la question se pose-t-elle de savoir si, nonobstant une terminologie différente, le législateur vise les mêmes formalités, auxquelles s'appliquent les mêmes règles au moment de les accomplir par voie électronique.

18. Support durable. Sous l'impulsion du législateur européen, spécialement en droit de la consommation, de nombreux textes exigent l'établissement d'un support durable. On peut citer, par exemple, l'article VI.46, § 7, du C.D.E., en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, qui impose à l'entreprise de fournir la confirmation du contrat conclu, comprenant diverses informations, sur un support durable.

Par souci de cohérence, le support durable fait désormais l'objet d'une définition unique, à l'article I.1, 15°, du C.D.E.⁷³. Aux termes de cette disposition, l'expression

⁷² Voy. en ce sens la loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *M.B.*, 10 octobre 2018. Sur cet objectif, voy. les travaux préparatoires de la loi : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 3153/001, pp. 4 et s.

⁷³ La portée de la définition figurant à l'article I.1, 15°, du C.D.E. est large puisqu'aux termes de l'article I.1, alinéa 2, « lorsque l'expression “support durable” figure dans une disposition légale ou réglementaire, il y a lieu de considérer que la notion est définie conformément à la définition du 15° de l'alinéa 1^{er} ».

désigne « tout instrument permettant à une personne physique ou morale de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière lui permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ». Il en résulte que le procédé utilisé doit préserver trois fonctions : la lisibilité de l'information, sa pérennité et son intégrité⁷⁴.

Ces fonctions sont importantes dans une perspective de protection du consommateur. Ainsi que le rappelle la Cour de justice dans l'arrêt *Home Credit Slovakia sa*, concernant la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, « en se référant, notamment, à la définition de "support durable" contenue à l'article 3, sous m), de la directive 2008/48, la Cour a jugé que ce support doit garantir au consommateur, de manière analogue à un support papier, la possession des informations concernées pour lui permettre de faire valoir, le cas échéant, ses droits. Est pertinente à cet égard la possibilité, pour le consommateur, de stocker les informations qui lui ont été adressées personnellement, la garantie de l'absence d'altération de leur contenu ainsi que leur accessibilité pendant une durée appropriée, et la possibilité de les reproduire telles quelles »⁷⁵.

Par souci de clarté, des exemples de procédés sont expressément cités par la définition générale du Code de droit économique qui énonce que « peut constituer un support durable, lorsque ces fonctions sont préservées, le papier ou, dans l'environnement numérique, un courrier électronique reçu par le destinataire ou un document électronique enregistré sur un dispositif de stockage ou attaché à un courrier électronique reçu par le destinataire »⁷⁶.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est par ailleurs prononcée sur l'interprétation de la notion. Dans l'arrêt *Content Services*⁷⁷, elle rappelle que « le législateur de l'Union a prévu deux solutions fonctionnellement équivalentes et, ainsi, une exigence d'équivalence de tels supports. Dans ces conditions [...], un substitut au support papier peut être considéré comme étant susceptible de correspondre aux exigences de protection du consommateur dans le contexte des nouvelles technologies à condition qu'il remplisse les mêmes fonctions que le support papier » (points 40 et 41 de l'arrêt).

⁷⁴ En ce sens, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 3153/001, pp. 11 et s.

⁷⁵ C.J.U.E., 9 novembre 2016, *Home Credit Slovakia sa*, C-42/15, EU:C:2016:842, point 35.

⁷⁶ Art. I.1, 15°, du C.D.E.

⁷⁷ C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*, EU:C:2012:419. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt 'Content Services' : l'exigence du support durable dans les contrats à distance », *J.D.E.*, 2012, pp. 243-246 ; S. DE POURCQ, « De informatieverplichting bij verkoop op afstand: een hyperlink die naar een gewone website leidt, volstaat niet », note sous C.J.U.E., 5 juillet 2012, *D.C.C.R.*, 2012/4, pp. 57 et s.

Plus discutée est la question de savoir si une page web répond, ou pas, à la définition fonctionnelle du support durable. Certaines pages web sont en effet modifiées à un rythme quasi ininterrompu, par une multitude d'intervenants (l'intégrité des informations n'est, par conséquent, pas garantie). D'autres pages web n'apparaissent que quelques secondes à l'écran : on songe aux messages interstitiels ou aux pop-up. Pour ceux-ci, c'est la fonction de pérennité de l'information qui n'est pas préservée. Dans l'arrêt *Content Services*, la Cour de justice a ainsi jugé qu'« il ne ressort pas du dossier que le site Internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur permet à ce dernier de stocker des informations qui lui sont personnellement adressées de manière telle qu'il puisse y accéder et les reproduire telles quelles pendant une durée appropriée en dehors de toute possibilité de modification unilatérale de leur contenu par le vendeur » (point 46). L'exigence du support durable n'est donc pas respectée en l'espèce.

L'analyse opérée par la Cour de justice dans l'affaire *Content Services* est affinée dans l'arrêt *Bawag*, rendu le 25 janvier 2017⁷⁸. La question se posait de savoir si le procédé utilisé par un prestataire de services de paiements pour communiquer les informations légalement requises aux utilisateurs⁷⁹ – transmission au moyen d'une boîte aux lettres électronique intégrée au site d'*internet banking* du prestataire – respecte l'exigence de « fourniture » des informations sur un « support durable », telle qu'elle figure dans la directive 2007/64/CE⁸⁰.

Tout en rappelant les enseignements de ses précédents arrêts, la Cour veille à confirmer que certains sites internet peuvent être qualifiés de « support durable »⁸¹. Elle précise en effet que « tel est le cas lorsqu'un site Internet permet à l'utilisateur de services de paiement de stocker les informations qui lui sont personnellement adressées d'une manière telle que ces informations puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée à leur finalité ainsi que reproduites à l'identique. En outre, pour qu'un site Internet puisse être considéré comme étant un "support durable", au sens de cette disposition, toute possibilité de modification unilatérale de son contenu par le prestataire de services de paiement ou par un autre professionnel auquel la gestion de ce site a été confiée doit être exclue »⁸².

⁷⁸ C.J.U.E., 25 janvier 2017, *BAWAG PSK Bank*, C-375/15, EU:C:2017:38. Sur cet arrêt, voy. R. STEENNOT, « Het vereiste van het verstrekken van informatie op duurzame drager (in de Richtlijn Betalingsdiensten) », *D.C.C.R.*, 2018/1, pp. 76 et s.

⁷⁹ Voy., en particulier, l'art. 41, § 1^{er}, de la directive 2007/64/CE, ainsi que l'article 44, § 1^{er}, qui renvoie à cette disposition.

⁸⁰ La prudence doit être de mise, s'agissant d'arrêts rendus sur l'interprétation de directives distinctes. S'agissant de concepts transversaux, on comprendrait toutefois mal que le support durable reçoive une acception différente sous l'empire de la DSP I et de la directive sur les droits des consommateurs.

⁸¹ C.J.U.E., 25 janvier 2017, *BAWAG PSK Bank*, C-375/15, EU:C:2017:38, points 42-43.

⁸² *Ibidem*, point 44.

Elle ajoute que l'objectif poursuivi est la protection des utilisateurs de services de paiement, parmi lesquels figurent des consommateurs⁸³. L'exclusion de toute possibilité de modification unilatérale du contenu doit d'après nous être interprétée raisonnablement, sous peine de refuser la qualification de « support durable » à de très nombreux procédés, pourtant utilisés en pratique. On rappelle par ailleurs que, dans l'environnement « papier » traditionnel, le caractère inaltérable du support est loin d'être absolu.

19. Écrit. Dans le Code civil de 1804, l'écrit ne fait pas l'objet d'une définition spécifique. Pour déterminer les fonctions de la formalité et, sur cette base, identifier les procédés susceptibles d'être mis en œuvre dans l'environnement numérique, on pouvait toutefois se référer à la clause transversale particulière figurant à l'article XII.15, § 2, du C.D.E. La version actuellement en vigueur de cette disposition résulte des amendements introduits par la loi du 20 septembre 2018, précitée.

La même définition est reprise dans le livre 8 du (nouveau) Code civil⁸⁴. Aux termes de l'article 8.1, le terme désigne « un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposé sur un support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission ».

On y trouve les trois fonctions généralement attribuées à la formalité : la lisibilité de l'information, sa pérennité et son intégrité.

Cette dernière fonction était sans doute la plus controversée. Aussi le législateur veille-t-il, dans les travaux préparatoires, à justifier sa position, tout en indiquant que la fonction peut être préservée par un procédé qui empêche purement et simplement toute modification ou, à tout le moins, qui la rend détectable⁸⁵.

⁸³ Il appartient évidemment à la juridiction de renvoi de s'assurer que cette condition est satisfaite en l'espèce. Tel semble être le cas ici : la Cour indique en effet dans l'exposé des faits que « Il ressort de la décision de renvoi que les messages envoyés dans les boîtes électroniques dédiées aux consommateurs qui se trouvent sur le site Internet de banque en ligne *e-banking* y subsistent sans modification et ne sont pas supprimés pendant une période adaptée aux fins de l'information de ces consommateurs, de telle sorte qu'ils peuvent être consultés et reproduits à l'identique par voie électronique ou imprimés. Ces messages peuvent être gérés par les consommateurs et, le cas échéant, effacés par ceux-ci ».

⁸⁴ Les travaux préparatoires mentionnent expressément la source d'inspiration (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 3349/001, p. 6).

⁸⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 3349/001, p. 6. Ils ajoutent sur ce point que « c'est le cas avec l'écrit traditionnel sur support papier : il est toujours possible d'ajouter ou de supprimer du texte sur l'original d'un document sur papier mais les modifications seront visibles. Des mécanismes électroniques qui remplissent la même fonction pourront également être considérés comme des écrits (comme un sms ou un e-mail). Il n'est pas nécessaire que la modification soit visible à l'écran. Il suffit qu'elle soit traçable dans le système utilisé. Un simple doute quant à l'intégrité d'un document ne suffit pas à considérer qu'il ne s'agit pas d'un écrit ».

On observe par ailleurs que, par application du principe de neutralité technologique, le support ou les modalités de transmission sont indifférents.

20. Écrit et support durable : termes désignant des formalités fonctionnellement équivalentes. Une lecture en parallèle des définitions de « support durable » et d'« écrit » permet de souligner de nombreux points communs (même si les termes utilisés ne sont pas totalement identiques).

À l'analyse, il ressort clairement que le « support durable » et l'« écrit » désignent des formalités fonctionnellement équivalentes. En effet, pour être qualifié de la sorte, le procédé utilisé doit, dans les deux cas, remplir les mêmes fonctions de lisibilité, de pérennité et d'intégrité de l'information.

C'est du reste pour cette raison que l'alternative entre l'écrit et le support durable, autrefois utilisée dans certains textes normatifs, est désormais abandonnée.

D'après nous, la jurisprudence de la Cour de justice applicable au support durable pourrait donc être utilement invoquée au moment d'interpréter l'exigence de l'écrit, au sens du Code civil (notamment au moment de savoir si un site internet peut être qualifié de la sorte).

Dans ces conditions, aurait-il fallu franchir un pas de plus et utiliser le même terme (et lequel) ? Sans doute eût-ce été préférable, même si on comprend qu'il y ait encore de vives réticences. L'« écrit » reste en effet très usité dans le domaine probatoire. Quant au support durable, il est imposé par le droit de l'Union, ce qui ne laisse guère de marge de manœuvre au législateur belge. À choisir, le premier nous paraissait d'ailleurs préférable, dès lors qu'il est issu d'une longue tradition. L'expression « support durable » est en outre trompeuse à plusieurs égards puisque ce n'est pas le support qui est durable, mais l'information, et que d'autres fonctions que la durabilité doivent être préservées par le procédé utilisé⁸⁶.

2. Signature électronique en matière de crédit

21. Deux formes de signature électronique en matière de crédit à la consommation. En matière de crédit à la consommation, l'article VII.78 du C.D.E prévoit que le contrat est conclu par la signature manuscrite ou la signature électronique de toutes les parties contractantes⁸⁷.

La signature électronique peut être soit une signature électronique qualifiée (ou un cachet électronique qualifié)⁸⁸, soit « une autre signature électronique qui garantit

⁸⁶ Pour une analyse critique du support durable, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 365 et s.

⁸⁷ En matière de crédit hypothécaire, voy. l'art. VII.134 du C.D.E.

⁸⁸ Au sens des articles 3, 12° ou 3, 17°, du règlement eIDAS.

l'identité des parties, leur consentement sur le contenu du contrat de crédit et le maintien de l'intégrité de ce contrat »⁸⁹.

22. Valse-hésitation du législateur belge. Par le passé, le recours à des procédés de signature électronique pour conclure des contrats de crédit à la consommation a fait l'objet de modifications diverses, ce qui traduit les hésitations du législateur en la matière.

Avant d'être intégré – avec des amendements – dans le Code de droit économique⁹¹, l'article 14, § 1^{er}, de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation était rédigé comme suit : « le contrat de crédit est conclu par *la signature* de toutes les parties contractantes et est établi sur un support papier ou sur un autre support durable. Toutes les parties contractantes ayant un intérêt distinct ainsi que l'intermédiaire de crédit reçoivent un exemplaire du contrat de crédit » (nous soulignons). Aucun procédé de signature électronique n'était *a priori* exclu et, pour connaître les effets attachés au procédé utilisé (plus précisément pour savoir s'il pouvait être jugé équivalent à une signature manuscrite valable), il convenait de se référer à la clause transversale particulière de l'article XII.15, § 2, du C.D.E.⁹², qui renvoyait à la signature électronique qualifiée⁹³ ou à la signature électronique de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. S'agissant de formalités requises *ad validitatem*, le « détournement » par la clause transversale particulière s'imposait.

Lors de l'introduction de l'article VII.78, § 1^{er}, dans le Code de droit économique, en 2014, une modification a été apportée à la disposition, réduisant les procédés susceptibles d'être utilisés : dans l'environnement numérique, seule la signature électronique qualifiée était en effet visée. Les travaux préparatoires n'apportaient malheureusement aucune explication à ce propos. Elle paraît difficilement compréhensible, lorsque l'on se souvient que l'article 14, § 1^{er}, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation avait déjà été modifié en 2010⁹⁴ en vue de permettre

⁸⁹ Art. VII.78, § 1^{er}, al. 4, du C.D.E.

⁹⁰ Même dans ce genre d'hypothèse, on se doute sérieusement que l'exigence d'une signature qualifiée soit nécessairement justifiée (voy. H. JACQUEMIN et C.-J. JOLY, « Focus sur certaines applications du règlement eIDAS dans le domaine financier », *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 330 et s.).

⁹¹ Loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre VII « Services de paiement et de crédit » dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, et portant diverses autres dispositions, *M.B.*, 28 mai 2014.

⁹² Auparavant, il s'agissait de l'article 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (qui n'a pas été modifié lors de son intégration dans le livre XII du C.D.E.).

⁹³ Plus précisément, il s'agissait de la signature électronique visée à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification.

⁹⁴ Loi du 13 juin 2010 modifiant la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation.

le recours à l'électronique. Les travaux préparatoires indiquaient à ce propos que « on a profité de l'occasion pour rendre également possible le crédit électronique en supprimant chaque référence aux mots “manuscrit” ou “mention manuscrite”. La signature peut également se réaliser de manière électronique. L'actuel article 14, § 1^{er}, alinéa 2, LCC a été abrogé car il prête à confusion et est imprécis »⁹⁵.

Par la suite, le législateur est cependant revenu sur sa position de 2014 et il a amendé l'article VII.78 par une loi du 26 octobre 2015 modifiant le Code de droit économique et portant diverses autres dispositions normatives⁹⁶. Un quatrième alinéa a été ajouté à cette disposition. On y trouve les deux principales options que nous connaissons aujourd'hui⁹⁷.

Dans les travaux préparatoires de la loi du 26 octobre 2015, on peut lire que « la loi du 19 avril 2014 qui insère le livre VII dans le Code de droit économique a apporté une modification importante par rapport aux dispositions de l'article 14 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation. L'article 14, qui traite de la conclusion du contrat de crédit, imposait la signature des parties mais n'indiquait pas clairement si ce contrat pouvait être conclu par voie électronique. Désormais, l'article VII.78 ouvre cette possibilité »⁹⁸. Cet argument est pour le moins étonnant lorsqu'on se souvient que la suppression du terme « manuscrite » avait précisément pour but d'autoriser toute forme de signature, manuscrite ou électronique.

23. Que penser des formes de signature électronique visées par l'article VII.78, § 1^{er}, du C.D.E. ? Désormais, deux formes de signature électronique sont théoriquement admises par l'article VII.78, § 1^{er}, du C.D.E. pour la conclusion du contrat de crédit à la consommation : une signature électronique qualifiée⁹⁹ (ou un cachet électronique qualifié) ou une autre signature électronique, qui doit remplir les fonctions d'identification des parties, de consentement au contenu du contrat de crédit et de maintien de l'intégrité de ce contrat, suivant des critères que le Roi peut fixer.

En ce qu'elle permet aux entreprises de crédit d'utiliser une autre forme de signature électronique que la signature électronique qualifiée, cette disposition doit assurément être approuvée. Les travaux préparatoires partent ainsi du constat que, dans le régime

⁹⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 2468/001, p. 35.

⁹⁶ *M.B.*, 30 octobre 2015, en vigueur le 9 novembre 2015.

⁹⁷ Une modification additionnelle a toutefois été introduite par une loi du 18 avril 2017 portant dispositions diverses en matière d'économie (concernant l'intervention du Roi).

⁹⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 1300/001, p. 12.

⁹⁹ Le SPF Économie a édité un *Guide à destination des rédacteurs de textes législatifs et réglementaires. Utilisation des notions de « signature électronique » et autres « services de confiance » ainsi que de « support durable »* (disponible sur <https://economie.fgov.be/fr/publications/utilisation-des-notions-de>), p. 15, où il est fait référence à l'objectif de protection du consommateur au moment de décider s'il faut imposer une signature qualifiée ou pas dans un rapport contractuel donné.

antérieur, les entreprises de crédit devaient soit renoncer à conclure des contrats de crédit à la consommation à distance, soit permettre l'utilisation de la carte d'identité électronique pour signer ceux-ci, avec les charges administratives et financières qui en résultent¹⁰⁰. Or, le législateur note que « les établissements financiers ou de crédit ont développé, pour la signature d'opérations à distance, leurs propres systèmes relativement sécurisés et dont certains sont susceptibles d'assurer une protection suffisante de la transaction et du consommateur (tels que lecteurs de cartes ou digipass). En utilisant ces systèmes, le client n'appose toutefois pas une signature électronique qualifiée au sens légal du terme, ce qui serait donc contraire à la disposition de l'article VII.78 C.D.E. »¹⁰¹.

Sur le fond, les fonctions attendues du second procédé de signature électronique nous paraissent très contestables, dans la mesure où elles ne correspondent pas aux fonctions généralement attribuées à la signature manuscrite. Pour celle-ci en effet, le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte n'est pas requis. Aussi sommes-nous d'avis que le législateur crée une différence de traitement entre l'électronique et le papier, contraire au principe d'égalité et de non-discrimination. Une telle différence de traitement avait déjà été constatée pour l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Le législateur en est d'ailleurs conscient puisque, dans le cadre de la réforme du droit de la preuve, l'article 1322, alinéa 2, est supprimé. Quant à la nouvelle définition de la « signature », figurant dans le livre 8¹⁰², elle ne fait aucune référence à cette exigence d'intégrité. Cette différence de traitement est d'autant moins justifiée qu'elle est redondante par rapport aux fonctions du support durable, également requis pour la conclusion du contrat de crédit (*supra*, n° 18). À tout le moins, la disposition devrait donc être amendée, pour rester cohérente avec la nouvelle définition de la signature électronique figurant dans le Code civil.

Par ailleurs, il est indiqué qu'« en cas de contestation, il incombe au prêteur de démontrer que cette signature électronique garantit effectivement ces fonctions ». Le législateur semble envisager l'hypothèse d'un consommateur qui introduirait un recours en justice en vue de contester sa signature électronique. Il opère un renversement de la charge de la preuve, jugeant démesuré de faire peser celle-ci sur le consommateur¹⁰³. Le régime est donc plus favorable au consommateur, qui aurait normalement dû démontrer que sa signature était valable (en cas de contestation). Nous ne sommes pas convaincus que ce renversement de la charge de la preuve était nécessaire : il incombe en effet au consommateur, en toute autonomie, d'opter pour le procédé qui lui paraît le plus opportun et, le cas échéant, de recourir à une signature qualifiée

¹⁰⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 1300/001, p. 13.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Art. 8.1, 2°, du (nouveau) Code civil.

¹⁰³ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 1300/001, p. 13.

(quitte à refuser de signer le contrat si cette forme de signature ne lui est pas proposée). En outre, c'est davantage le prêteur qui devrait être amené à contester, le cas échéant, la signature du consommateur, voire à démontrer que la signature était bien valable (pour éviter la sanction consécutive à l'absence de contrat de crédit valablement signé). Il est donc dans son intérêt de mettre à la disposition du consommateur un mécanisme qui présente un niveau élevé de sécurité juridique.

De lege ferenda, nous sommes d'avis que l'article VII.78, § 1^{er}, devrait se limiter à exiger une signature manuscrite ou électronique (le dernier alinéa ajouté en octobre 2015 devrait par conséquent être supprimé). Par application de l'article XII.15, § 2, C.D.E., on peut pour le surplus identifier les procédés de signature électronique équivalents à la signature manuscrite.

IV. Conclusion

24. Droit de la preuve et protection du consommateur. Deux régimes complémentaires. Le droit civil de la preuve et les règles de protection des consommateurs présentent des liens étroits.

En cas de litige impliquant une entreprise et un consommateur, il peut être crucial, pour la partie sur laquelle repose la charge de la preuve, d'être en mesure de démontrer les éléments qu'elle allègue. À défaut, elle s'expose en effet au risque de perdre le procès. Dans certains cas, le législateur a mis en place un régime plus favorable au consommateur (plus favorable que ne l'aurait été l'application du droit commun), par exemple en inversant la charge de la preuve. Les exemples sont nombreux et présentent plusieurs déclinaisons. Dans ce contexte, le droit de la preuve devient un mécanisme de protection du consommateur à part entière (et qui complète, opportunément, les obligations d'information, par exemple). C'est assurément à approuver. Le mécanisme gagnerait toutefois à être mieux théorisé et davantage exploité.

Par ailleurs, au moment de déterminer comment les règles de forme peuvent être valablement accomplies dans l'environnement numérique, on se serait logiquement (et légitimement) attendu à ce que les règles soient les mêmes, quelle que soit la finalité – probatoire ou de protection du consommateur – poursuivie par les exigences. Si l'assertion se vérifie dans la majorité des cas, il reste encore des différences. Certaines d'entre elles nous paraissent difficiles à justifier et devraient donc être supprimées.